



University of Groningen

De bevoegdheid van de Europese Unie tot het sluiten van 'nieuwe generatie' vrijhandelsverdragen

Wessel, Ramses A.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

DOI:
[10.5553/NtER/138241202017023005004](https://doi.org/10.5553/NtER/138241202017023005004)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Wessel, R. A. (2017). De bevoegdheid van de Europese Unie tot het sluiten van 'nieuwe generatie' vrijhandelsverdragen. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2017(5), 126-132.
<https://doi.org/10.5553/NtER/138241202017023005004>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Externe betrekkingen

De bevoegdheid van de Europese Unie tot het sluiten van 'nieuwe generatie' vrijhandelsverdragen: *Mixed feelings* over Advies 2/15

Prof. dr. R.A. Wessel*

Met Advies 2/15 van 16 mei 2017 heeft het Hof van Justitie meer duidelijkheid gegeven over de aard van de bevoegdheden van de Unie met betrekking tot het sluiten van de zogenoemde 'nieuwe generatie' handelsverdragen. De gemeenschappelijke handelspolitiek blijkt meer te omvatten dan in de ogen van de Raad en de lidstaten het geval leek. De onderhavige handelsovereenkomst tussen de EU en Singapore bevat echter ook onderdelen ten aanzien van welke de Unie niet exclusief bevoegd is, zodat de overeenkomst in haar huidige vorm als een gemengd akkoord gesloten zou moeten worden. De verduidelijking van de (exclusieve) bevoegdheden van de Unie is van belang voor nieuwe op stapel staande vrijhandelsovereenkomsten en voor de rol van de lidstaten (en hun parlementen en bevolkingen) ten aanzien van dergelijke verdragen.

Advies 2/15 van het Hof van Justitie (Voltallige zitting), 16 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:376

Inleiding

Naar Advies 2/15¹ van het Hof van Justitie van 16 mei 2017 over de vraag of de EU bevoegd is de nieuwe vrijhandelsovereenkomst met de Republiek Singapore ('EUSFTA') zonder de lidstaten te sluiten, is lange tijd reikhalzend uitgezien. Hoewel de praktijk sinds het Verdrag van Lissabon laat zien dat het gebruik van 'gemengde akkoorden' ook voor veel handelsverdragen

gemeengoed is,² wordt 'handel' door de tekstboeken toch als hét voorbeeld gezien van een terrein waarop de Unie optimaal en exclusief gebruik kan maken van haar bevoegdheden. Inderdaad stelt artikel 3 lid 1 VWEU onomwonden vast dat de Unie exclusief bevoegd is ten aanzien van de gemeenschappelijke handelspolitiek. En deze handelspolitiek wordt in artikel 207 lid 1 VWEU op zijn beurt weer ruim omschreven (zie verder paragraaf 'De reikwijdte van artikel 207 VWEU' hierna). De Europese Commissie had de overeenkomst dan ook gepland als een overeenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek Singapore, zonder deelname van de lidstaten; in het Engels wel aangeduid als een 'EU-only agreement'. De vraag die de Commissie aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd luidt als volgt:

'Heeft de Unie de vereiste bevoegdheid om alleen de vrijhandelsovereenkomst met Singapore te ondertekenen en te sluiten? Meer bepaald:

- Welke bepalingen van de overeenkomst behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de Unie?
- Welke bepalingen van de overeenkomst behoren tot de gedeelde bevoegdheid van de Unie?
- Is er enige bepaling van de overeenkomst die tot de exclusieve bevoegdheid van de lidstaten behoort?'³

De reden voor de vraag van de Commissie kwam voort uit een standpunt van Coreper, dat – op advies van het zogenoemde 'Comité handelspolitiek' (een door de Raad krachtens art. 207 lid 3 VWEU benoemd comité) – de lidstaten van mening waren dat de EUSFTA moest worden ondertekend en gesloten als een gemengde overeenkomst. De mening van het Comité handelspolitiek

* Prof. dr. R.A. (Ramses) Wessel is hoogleraar internationaal en Europees recht en bestuur aan de Universiteit Twente en bestuurslid van het Centre for the Law of EU External Relations (CLEER). Met dank aan Guillaume Van der Loo voor het lezen van een eerste versie.

1. Advies 2/15 van het Hof (Voltallige zitting), 16 mei 2017; ECLI:EU:C:2017:376.

2. Zie uitgebreider hierover G. Van der Loo en R.A. Wessel, 'The Non-Ratification of Mixed Agreements: Legal Consequences and Options', *Common Market Law Review* 2017, nr. 3, p. 735-770.

3. Advies 2/15, punt 1.

was mede ingegeven door het feit dat gedurende de rit het onderhandelingsmandaat van de Commissie was uitgebreid en inmiddels ook onderwerpen omvatte die niet onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie zouden vallen, zoals zogenoemde portfolio-investeringen (indirecte investeringen via de aankoop van bijvoorbeeld aandelen of obligaties), geschillenbeslechting en eigendoms- en onteigeningskwesaties.

Ongetwijfeld om een debacle in de Raad in een later stadium te voorkomen koos de Commissie voor een adviesvraag op basis van artikel 218 lid 11 VWEU, dat een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie toestaat advies in te winnen van het Hof van Justitie 'over de verenigbaarheid van een voorgenomen overeenkomst met de Verdragen'. Hoewel er gesproken wordt over een 'adviesprocedure' kan een voorgenomen overeenkomst niet in werking treden in het geval het Hof van Justitie constateert dat er sprake is van onverenigbaarheid met de EU-verdragen.

In haar (uitgebreide) Conclusie van 21 december 2016⁴ adviseerde advocaat-generaal Sharpston het Hof van Justitie om negatief te adviseren. In haar ogen kon de EUSFTA uitsluitend door de Europese Unie en de lidstaten *gezamenlijk* worden gesloten omdat de Unie niet exclusief bevoegd is op een groot aantal van de gebieden die door de overeenkomst worden bestreken. Het zou dan onder andere gaan om: handel in luchtvervoerdiensten, zeevervoerdiensten en vervoerdiensten over de binnenwateren, met inbegrip van diensten die inherent aan deze vervoerdiensten verbonden zijn; andere soorten investeringen dan directe buitenlandse investeringen; overheidsopdrachten, voor zover van toepassing op vervoerdiensten en daaraan inherent verbonden diensten; niet-commerciële aspecten van intellectuele-eigendomsrechten; fundamentele arbeids- en milieunormen. Een hele lijst met onderwerpen waarvoor de bevoegdheid in de ogen van de advocaat-generaal gedeeld wordt met de lidstaten. Daarnaast noemde Sharpston het ontbreken van een bevoegdheid voor de Unie om te regelen hoe tussen bepaalde lidstaten en Singapore gesloten bilaterale overeenkomsten worden beëindigd.

De vraag was of het Hof van Justitie mee zou gaan met deze overwegingen, die de armslag van de Unie sterk zouden beperken. Met de ervaringen van CETA in Wallonië en het Nederlandse referendum over de Associatieovereenkomst met Oekraïne nog vers in het geheugen⁵ waren velen beducht voor de noodzaak voor nationale ratificaties van de nieuwe generatie handelsverdragen die op stapel staan. Dit nieuwe type overeenkomsten beperkt zich niet tot de verlaging van douanerechten en de vermindering van niet-tarifaire belemmeringen (de traditionele kern van handelsverdragen), maar bevat ook bepalingen over diverse aangelegenheden die *verband houden* met de handel, zoals de bescherming van de intellectuele eigendom, investerin-

gen, overheidsopdrachten, mededinging en duurzame ontwikkeling. Aanvaarding van Sharpstons advies zou een stap terug betekenen in de ontwikkeling van de externe bevoegdheden van de EU op een moment dat deze verdragsrechtelijk juist nadrukkelijker zijn uitgesproken.⁶ Maar het Advies is ook van belang voor de Brexit-discussie omdat ook in die context duidelijk moet worden of en wanneer de lidstaten mede partij moeten worden bij een nieuw handelsakkoord tussen de EU en het Verenigd Koninkrijk.

Deze bijdrage gaat allereerst kort in op de redenen om bij het sluiten van overeenkomsten voor een gemengd akkoord te kiezen (paragraaf 'De keuze voor een gemengd akkoord'). Paragraaf 'De reikwijdte van artikel 207 VWEU' behandelt vervolgens de reikwijdte van de 'gemeenschappelijk handelspolitiek' en daarmee van de exclusieve bevoegdheden van de Unie op dat terrein. Paragraaf 'De aard van de bevoegdheid van de Europese Unie' analyseert de argumenten van het Hof van Justitie met betrekking tot de aard van de verschillende bevoegdheden van de Unie ten aanzien van de overeenkomst en paragraaf 'Beoordeling en conclusie: *mixed feelings*', ten slotte, beoordeelt de uitkomst en de consequenties hiervan.

De keuze voor een gemengd akkoord

127

De juridische reden om te kiezen voor een gemengd akkoord in plaats van een 'EU-only' overeenkomst, is dat de overeenkomst simpelweg niet volledig binnen de exclusieve bevoegdheden van de Unie valt. Wanneer de overeenkomst beleidsterreinen omvat waar de Unie bevoegdheden ontbeert, is er geen keus en zal de overeenkomst gemengd *moeten* zijn. Bij het volledig ontbreken van Uniebevoegdheden, of wanneer er juist sprake is van volledig exclusieve bevoegdheden (rechtstreeks volgend uit art. 3 lid 1 VWEU of indirect via de beginselen zoals geformuleerd in *AETR* of Advies 1/76, zie art. 3 lid 2 VWEU) zal een gemengd akkoord echter niet mogelijk zijn.⁷ Een interessante vraag die ook in de context van het huidige Advies weer opkomt (zie hierna), is of er in het geval van gedeelde bevoegdheden een mogelijkheid bestaat om de overeenkomst toch alleen door de Unie te laten sluiten. Deze mogelijkheid wordt in de literatuur wel genoemd, omdat in geval van gedeelde, parallelle, bevoegdheden de Unie immers niet onbe-

4. Conclusie van A-G E. Sharpston van 21 december 2016, Adviesprocedure 2/15, ECLI:EU:C:2016:992.

5. Zie ook N.F. Idriz en L.A.J. Senden, 'De "nieuwe generatie" Associatieovereenkomst tussen de EU en Oekraïne en zijn constitutionele context', *NTER* 2016/3.

6. Zie voor analyses bijvoorbeeld: B. van Vooren, S. Blockmans en J. Wouters (red.), *The EU's Role in Global Governance: The Legal Dimension*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 126-141.

7. Zie uitbreider over de keuzemogelijkheden Van der Loo en Wessel 2017.

voegd is:⁸ het leerstuk van de zogenoemde ‘*facultative mixity*’.⁹ Met het oog op de democratische legitimiteit lijkt de keuze echter tot nu toe in het voordeel van een gemengd akkoord uit te pakken.¹⁰

De afweging om voor een gemengd akkoord te kiezen is inderdaad niet altijd zuiver juridisch, ondanks het feit dat argumenten van praktische aard – ook in de ogen van het Hof van Justitie¹¹ – geen invloed hebben op de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten. EU-Commissaris voor handel Cecilia Malmström stelde in relatie tot deze discussie rondom de ondertekening van het CETA-verdrag zelfs openlijk:

‘From a strict legal standpoint, the Commission considers this agreement to fall within exclusive EU competence. However, the political situation in the Council is clear, and we understand the need for proposing it as a “mixed” agreement, in order to allow for a speedy signature.’¹²

Meestal kiest de Commissie overigens voor het tegenovergestelde: omdat het ratificatieproces bij gemengde akkoorden vaak jaren kan duren (en het risico loopt verder vertraagd te worden door parlementaire/politieke bezwaren of referenda), hebben ‘EU-only’ overeenkomsten de voorkeur. Lidstaten (en de Raad) hebben daarentegen vaak een voorkeur voor gemengde akkoorden. Het nationale ratificatieproces verschaft lidstaten immers een *de facto* vetomogelijkheid, waar besluitvorming in de Raad meestal op basis van gekwalificeerde meerderheid geschiedt (art. 218 lid 8 VWEU). Daarnaast kan medeondertekening zorgen dat lidstaten zichtbaar blijven tijdens de internationale onderhandelingen en dat zij daarop hun invloed kunnen blijven uitoefenen. Maar ook in praktisch-juridische zin kunnen gemengde akkoorden voordelen bieden. In geval van een gemengd akkoord kan de bevoegdheidsafbakening tussen de Unie en de lidstaten redelijk abstract blijven, hetgeen de Unie de mogelijkheid biedt stappen te zetten zonder vast te lopen in een interne bevoegdheidsstrijd. Zoals opgemerkt door advocaat-generaal Sharpston in een eerdere Conclusie is ‘de gemengde overeenkomst een voortbrengsel van pragmatische krachten – een middel om de

problemen op te lossen die met de noodzaak van internationale overeenkomsten in een gelaagd stelsel gepaard gaan’.¹³ Niet altijd geven juridische argumenten de doorslag. Maresceau stelt zelfs dat

‘if there is political consensus among the Member States that an agreement ought to be mixed, they will almost certainly manage to impose the mixed procedure, particularly by adding provisions which stand on their own and need Member State involvement.’¹⁴

De reikwijdte van artikel 207 VWEU

Duidelijk is in ieder geval dat sinds het Verdrag van Lissabon de reikwijdte van de ‘gemeenschappelijk handelspolitiek’ en daarmee van de exclusieve bevoegdheden van de Unie op dat terrein is verruimd. Met name de toevoeging van ‘directe buitenlandse investeringen’ heeft grote gevolgen gehad voor het eigen investeringsbeleid dat de lidstaten onder andere via bilaterale investeringsverdragen voerden.¹⁵ Artikel 207 lid 1 VWEU, dat de basis vormt voor de vrijhandelsverdragen, luidt als volgt:

‘De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gegrond op eenvormige beginselen, met name aangaande tariefwijzigingen, het sluiten van tarief- en handelsakkoorden betreffende handel in goederen en diensten, en de handelsaspecten van intellectueel eigendom, de directe buitenlandse investeringen, het eenvormig maken van liberaliseringsmaatregelen, de uitvoerpolitiek alsmede de handelspolitieke beschermingsmaatregelen, waaronder de te nemen maatregelen in geval van dumping en subsidies. De gemeenschappelijke handelspolitiek wordt gevoerd in het kader van de beginselen en doelstellingen van het externe optreden van de Unie.’

Deze ruime definitie speelt in het Advies van het Hof van Justitie dan ook een sleutelrol, maar was ook in eerdere zaken al door het Hof van Justitie verhelderd, waar het stelde dat een Uniehandeling binnen de gemeenschappelijke handelspolitiek valt ‘wanneer zij specifiek ziet op dit handelsverkeer doordat zij in wezen tot doel heeft dit verkeer te bevorderen, te vergemakkelijken of te regelen en daarop een rechtstreeks en onmiddellijk

8. Zie ook M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 183-186; A. Rosas, ‘Mixed Union-Mixed agreements’, in: M. Koskeniemi (red.), *International Law Aspects of the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 125-148; P. Eeckhout, *EU External Relations Law*, Oxford: Oxford University Press 2011 en T. Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 99. Vergelijk ook A-G Wahl in Advies 3/15, ECLI:EU:C:2016:657, punt 111-120; en de Conclusie van A-G Sharpston van 21 december 2016 in Advies 2/15, ECLI:EU:C:2016:992, punt 73-75.
9. Zie hierover A. Rosas, ‘The European Union and Mixed Agreements’, in: A. Daswood en C. Hillion (red.), *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell 2000, p. 205; en L. Ankersmit, ‘Opinion 2/15 and the Future of Mixity and ISDS’, *European Law Blog* 18 mei 2017.
10. Ankersmit 2017.
11. Adviezen 1/94 van 15 november 1994, ECLI:EU:C:1994:384, punt 107, en 1/08 van 30 november 2009, ECLI:EU:C:2009:739, par. 127.
12. Persbericht van de Commissie ‘European Commission proposes signature and conclusion of EU-Canada trade deal’, <europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2371_en.htm>.

13. Conclusie van A-G Sharpston van 15 juli 2010 in zaak C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK/Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, ECLI:EU:C:2010:436, punt 56.
14. M. Maresceau, ‘A Typology of Mixed Bilateral Agreements’, in: C. Hillion en P. Koutrakos (red.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 11-29 op p. 16.
15. Zie hierover bijvoorbeeld A. Dimopoulos en M. Sattorova, ‘The Present and Future of EU International Investment Agreements’, *Legal Issues of Economic Integration* 2012, p. 153-155; en uitgebreider A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

effect heeft'.¹⁶ De Commissie was van mening dat alle bepalingen van de overeenkomst, met uitzondering van die welke betrekking hebben op grensoverschrijdende vervoersdiensten en andere dan directe buitenlandse investeringen, vallen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek zoals omschreven in artikel 207 lid 1 VWEU en dus onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie.¹⁷ Voor wat betreft de grensoverschrijdende vervoersdiensten stelde de Commissie dat deze vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie zoals bedoeld in artikel 3 lid 2 VWEU:

‘De Unie is tevens exclusief bevoegd een internationale overeenkomst te sluiten indien een wetgevings-handeling van de Unie in die sluiting voorziet, indien die sluiting noodzakelijk is om de Unie in staat te stellen haar interne bevoegdheid uit te oefenen of wanneer die sluiting gemeenschappelijke regels kan aantasten of de strekking daarvan kan wijzigen’.

Kortom, de zogenoemde ‘afgeleide exclusiviteit’. Blijft over de ‘andere dan directe buitenlandse investeringen’, waarvan de Commissie stelde dat de bevoegdheid op dat terrein eveneens exclusief is vanwege de overlap met het in artikel 63 VWEU neergelegde verbod op beperkingen van het kapitaal- en het betalingsverkeer tussen de lidstaten en derde landen. Voor geen enkel onderdeel van de overeenkomst was er in de ogen van de Commissie dus een rol van de lidstaten nodig. Het Europees Parlement steunde deze argumentatie.¹⁸

De Raad – en de maar liefst 25 lidstaten die zich hadden gemeld met opmerkingen – pleitten voor een gemengd akkoord.¹⁹ Zij wezen er bijvoorbeeld op dat enkele bepalingen in de overeenkomst onder het gemeenschappelijk vervoersbeleid vallen en deze bepalingen kunnen geen ‘gemeenschappelijke regels (...) aantasten of de strekking daarvan (...) wijzigen’ in de zin van artikel 3 lid 2 VWEU, waardoor er geen sprake kan zijn van afgeleide exclusiviteit. Daarnaast zijn er bepalingen die geen rechtstreeks verband hebben met handelspolitiek, zoals bepalingen inzake milieubescherming, sociale bescherming en bescherming van de intellectuele eigendom. En in de ogen van de Raad en de lidstaten bevat de overeenkomst zelfs bepalingen op terreinen waarop de Unie een bevoegdheid ontbeert en is er dus sprake van een exclusieve bevoegdheid van de lidstaten. Het gaat dan met name om bepalingen die regels bevatten inzake transparantie en andere dan directe buitenlandse investeringen.²⁰

Het Hof van Justitie heeft hiermee dus een vrij klassieke vraag voorgelegd gekregen die centraal staat in veel

jurisprudentie in het externebetrekkingenrecht van de EU. In vrijwel alle ‘externe betrekkingen’-zaken gaat het om de vraag naar de ‘interne’ bevoegdheden: kan de Unie zelfstandig optreden of zijn hiervoor ook de lidstaten nodig, en als de Unie kan optreden welke rechtsbasis is dan het meest toepasselijk zodat recht gedaan wordt aan de verhoudingen tussen de instellingen onderling?²¹

De aard van de bevoegdheid van de Europese Unie

De aan het Hof van Justitie voorgelegde vraag betreft aldus de bevoegdheid van de Europese Unie om de voorliggende overeenkomst te ondertekenen en te sluiten. Het is interessant dat het Hof van Justitie expliciet overweegt dat het niet gaat om de vraag of de bepalingen van de overeenkomst inhoudelijk verenigbaar zijn met het recht van de Unie.²² Het is echter de vraag of deze twee punten volledig te scheiden zijn. Immers, artikel 218 lid 11 VWEU wijst uitdrukkelijk op de vraag naar ‘de verenigbaarheid van een voorgenomen overeenkomst met de Verdragen’ in algemene zin en beperkt zich niet tot de bevoegdheidsvraag. Dat ‘verenigbaarheid’ mede ‘bevoegdheid’ omvat is wel duidelijk,²³ en de beperking lijkt voort te komen uit de beperkte vraag die door de Commissie is gesteld (zie hierboven). Het resultaat van deze beperking kan echter zijn dat de vraag over de aard van de bevoegdheid wordt beantwoord, maar dat er inhoudelijk sprake is van bepalingen die onverenigbaar zijn met het Unierecht.

Het belang van dit Advies is niet zozeer dat duidelijk wordt op welke terreinen er sprake is van exclusieve of gedeelde bevoegdheden. De uitleg hierover is de afgelopen decennia door het Hof van Justitie gegeven in een groot aantal zaken. En ook het Verdrag zelf is daarover in de huidige versie duidelijker dan voorheen. De vraag is vooral wat de *reikwijdte* is van termen als ‘gemeenschappelijke handelspolitiek’ nu een nieuwe generatie handelsovereenkomsten ook onderwerpen regelt waarvan niet eerder is vastgesteld of en in hoeverre deze binnen de bestaande definities vallen. Hieruit volgt dat enkel die onderdelen van de voorgenomen overeenkomst die, in bovengenoemde zin, specifiek verband houden met het handelsverkeer tussen de Unie en de Republiek Singapore, onder de gemeenschappelijke handelspolitiek vallen. Het Hof van Justitie leidt dit af uit eerdere rechtspraak, waarin is vastgesteld dat het feit dat een Uniehandeling bepaalde gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer, nog niet betekent dat we per se

16. Zie met name HvJ 18 juli 2013, zaak C-414/11, *Daiichi Sankyo en Sanofi-Aventis Deutschland*, ECLI:EU:C:2013:520, punt 51 en HvJ 22 oktober 2013, zaak C-137/12, *Commissie/Raad*, ECLI:EU:C:2013:675, punt 57, als ook Advies 3/15 (Verdrag van Marrakesh inzake de toegang tot gepubliceerde werken) van 14 februari 2017, ECLI:EU:C:2017:114, punt 61.

17. Advies 2/15, punt 12 e.v.

18. Advies 2/15, punt 18.

19. Advies 2/15, punt 19 e.v.

20. Advies 2/15, punt 24.

21. Zie uitgebreider over deze bevoegdheidskwesties bijvoorbeeld B. van Vooren en R.A. Wessel, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, hoofdstuk 3, 4 en 5.

22. Advies 2/15, punt 30.

23. Het Hof van Justitie wijst in dit verband op art. 196 lid 2 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en vaste rechtspraak als advies 1/03 (Nieuw Verdrag van Lugano) van 7 februari 2006, ECLI:EU:C:2006:81, punt 112 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

met handelspolitiek te maken hebben. Daarvan is wel sprake wanneer een handeling van de Unie specifiek ziet op dit handelsverkeer doordat zij in wezen tot doel heeft dit verkeer ‘te bevorderen, te vergemakkelijken of te regelen en daarop een rechtstreeks en onmiddellijk effect heeft’ (zie hierboven).²⁴

Om aan deze criteria te toetsen maakt het Hof van Justitie een uitgebreide analyse van de bepalingen in de overeenkomst. De belangrijkste conclusie van het Hof van Justitie is dat de Europese Unie inderdaad (direct of indirect) exclusief bevoegd is met betrekking tot de meeste bepalingen. Met betrekking tot de hoofdstukken over markttoegang, bijvoorbeeld, oordeelt het Hof van Justitie na analyse dat deze de handel in goederen tussen de Unie en de Republiek Singapore beogen te bevorderen, te regelen of te vergemakkelijken en dus onder de handelspolitiek vallen. Datzelfde geldt voor de bepalingen die beogen de markt van Singapore open te stellen voor dienstverrichters uit de Unie, en omgekeerd.

In dit kader was bijvoorbeeld de vraag naar de vervoersbepalingen een lastige. De Raad en de lidstaten waren van mening dat deze bepalingen vallen onder het (niet exclusieve) gemeenschappelijke vervoersbeleid. Ook de bepalingen inzake milieubescherming, sociale bescherming en bescherming van de intellectuele eigendom zouden in hun ogen niet specifiek verband met het internationale handelsverkeer en daarom als ‘gedeelde bevoegdheden’ moeten worden gezien. Het Hof van Justitie overweegt echter dat in al deze gevallen sprake is van bevorderen, regelen of vergemakkelijken van de handelspolitiek. Deze conclusie is gebaseerd op uitgebreide analyses van de verschillende bepalingen, maar vanwege de grote verschillen tussen de beleidsterreinen is het lastig om een meer algemene lijn te ontdekken in de wijze waarop het Hof van Justitie oordeelt. Het gevolg is in ieder geval dat de Unie exclusief bevoegd is tot het aangaan van internationale afspraken op het gebied van handel in goederen en diensten, intellectuele eigendom, duurzame ontwikkeling, en directe investeringen.

Ten aanzien van de ‘andere dan directe investeringen’ (de zogenoemde indirecte of portfolio investeringen) heeft het Hof van Justitie een minder uitgebreide analyse nodig. Het overweegt simpelweg (zij het met een uitgebreide toelichting):

‘Het feit dat de opstellers van het VWEU in artikel 207, lid 1, VWEU de uitdrukking “directe buitenlandse investeringen” gebruiken, toont ondubbelzinnig aan dat zij geen andere buitenlandse investeringen onder de gemeenschappelijke handelspolitiek hebben willen laten vallen.’²⁵

Ook ‘de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten’ (ISDS) vormt een terrein waarop de Unie niet-exclusief bevoegd is.²⁶ Het probleem hier, althans volgens het Hof van Justitie, is dat een investeerder uit Singapore op grond van de overeenkomst (art. 9.16) kan

besluiten om een geschil aan een arbitrageprocedure te onderwerpen, zonder dat een EU-lidstaat zich daartegen kan verzetten. Het kan niet zo zijn dat deze bepalingen ingevoerd worden zonder de instemming van de lidstaten.²⁷

Het Hof van Justitie komt dus tot de conclusie dat ‘De vrijhandelsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Republiek Singapore valt onder de exclusieve bevoegdheid van de Unie’, maar dat het Investeringshoofdstuk (hoofdstuk 9) problemen oplevert waar het gaat om de exclusieve bevoegdheden van de Unie. Een aantal investeringsbepalingen is gerelateerd aan andere hoofdstukken in de overeenkomst (de hoofdstukken 1 (*Doelstellingen en algemene definities*), 14 (*Transparantie*), 15 (*Beslechting van geschillen tussen de partijen*), 16 (*Bemiddelingsmechanisme*) en 17 (*Institutionele, algemene en slotbepalingen*)), waardoor er ook in die hoofdstukken problemen ontstaan. Hoewel dit geen onderdeel van de vraag aan het Hof van Justitie was, kan de conclusie niet anders zijn dat de overeenkomst in haar huidige vorm alleen als een gemengde overeenkomst gesloten kan worden.

Beoordeling en conclusie: *mixed feelings*

De vraag is: wat nu? De Commissie heeft met dit Advies niet gekregen wat was beoogd. Het vrijhandelsverdrag met Singapore kan niet gesloten worden als een ‘EU-only’ overeenkomst. Dit betekent dat niet alleen deze overeenkomst, maar ook vergelijkbare geplande overeenkomsten met (met name) andere Aziatische staten niet door de Unie alleen gesloten kunnen worden, maar dat de lidstaten als zelfstandige partijen zullen moeten me ondertekenen en ratificeren. Dat dit laatste tot vele nieuwe politieke en juridische problemen kan leiden, is duidelijk geworden op basis van de recente discussies rondom de EU-Oekraïne overeenkomst en CETA.²⁸

Aan de andere kant heeft het Hof van Justitie ook duidelijk gemaakt dat de gemeenschappelijke handelspolitiek inmiddels ruim opgevat kan worden, in tegenstelling tot wat door de Raad en de lidstaten werd betoogd. In lijn met eerdere rechtspraak oordeelt het Hof van Justitie in Advies 2/15 dat ook maatregelen die ‘een rechtstreeks en onmiddellijk effect’ op de handelspolitiek hebben daaronder vallen. Het Hof van Justitie wijkt in deze argumentatie niet af van zijn eerdergenoemde criterium: de handeling van de Unie ziet specifiek op het handelsverkeer doordat zij in wezen tot doel heeft dit verkeer ‘te bevorderen, te vergemakkelijken of te regelen en daarop een rechtstreeks en onmiddellijk effect heeft’. In uitgebreide analyses worden alle bepalingen in de overeenkomst langs deze lat gelegd. Uiteraard kan de uitkomst van die analyse telkens worden betwist; het Hof van Justitie constateert immers dat er sprake is van een duidelijke

24. Advies 2/15, punt 38.

25. Advies 2/15, punt 83.

26. Advies 2/15, punt 293.

27. Advies 2/15, punt 292.

28. Zie Van der Loo en Wessel 2017.

lijke relatie met het handelsverkeer, terwijl de advocaat-generaal is enkele gevallen op basis van dezelfde feiten tot een andere conclusie kwam. In tegenstelling tot wat advocaat-generaal Sharpston adviseerde,²⁹ ziet het Hof van Justitie daarnaast een afgeleide exclusieve rol (art. 3 lid 2 VWEU) voor de Unie waar het gaat om aspecten van het vervoersbeleid (handel in luchtvervoerdiensten, zeevervoerdiensten en vervoerdiensten over de binnenwateren, met inbegrip van diensten die inherent verbonden zijn aan deze vervoerdiensten), overheidsopdrachten met betrekking tot vervoersdiensten, niet-commerciële aspecten van intellectuele-eigendomsrechten, en bepalingen die fundamentele arbeids- en milieunormen opleggen en onder het sociale beleid of het milieubeleid vallen.

Voor degenen die de slagkracht van de Unie als mondiale actor toejuichen (en schrijver dezes schaart zich voorzichtig binnen die groep) is de mogelijkheid voor de Unie om (uitgebreide en door het Europees Parlement goedgekeurde³⁰) handelsverdragen te blijven sluiten als niet-gemengde overeenkomsten waardevol. En ook voor de toekomst van dit specifieke vrijhandelsverdrag is de uitkomst zeker gunstig. Waar aanvaarding van de door Sharpston genoemde lange lijst van uitzonderingen het vrijwel onmogelijk had gemaakt om onder 'mixity' uit te komen, biedt de beperkte lijst met uitzonderingen waar het Hof van Justitie mee komt mogelijkheden om na te denken over een splitsing van onderwerpen. Immers, voor de nieuwe generatie vrijhandelsakkoorden die geen bepalingen bevatten over indirecte investeringen en ISDS lijkt de status als 'EU-only' overeenkomst goed mogelijk en in de geest van de zich decennialang ontwikkelde handelsbevoegdheden van de Unie lijkt het goed om te proberen te voorkomen dat via net te ruime handelsakkoorden het belang van exclusiviteit teniet wordt gedaan. De keuze is dan om portfolio investeringen en ISDS-constructies buiten de samenwerking te houden, of in een afzonderlijk (gemengd) akkoord of een Protocol te regelen.³¹

Een ander punt betreft de vraag waarom het Hof van Justitie aan lijkt te geven dat in geval van gemengde bevoegdheden een overeenkomst niet door de Unie alleen kan worden gesloten.³² Mocht de bedoeling van het Hof van Justitie zijn hier een algemeen punt te maken, dan wordt hiermee afgeweken van de in ieder

geval theoretische mogelijkheid op basis waarvan, ook in het geval van gemengde bevoegdheden, de keuze gemaakt kon worden voor een 'EU-only' overeenkomst;³³ de al genoemde '*facultative mixity*'.³⁴ 'Gemengd' impliceert immers niet dat de Unie een bevoegdheid ontbeert. Dat laatste is slechts het geval wanneer er sprake is van exclusieve lidstaatbevoegdheden. De argumentatie van het Hof van Justitie in het onderhavige Advies op dit punt lijkt een (politieke) keuze om 'EU-only' overeenkomsten uit te sluiten in het geval van gemengde bevoegdheden. Ook waar het gaat om duidelijke parallelle bevoegdheden lijkt deze uitspraak uit te sluiten dat de Unie en de lidstaten het eens worden over een niet-gemengd akkoord. Het is echter niet uit te sluiten dat de specifieke context van de adviesvraag die voortkwam uit een uitdrukkelijke wens van lidstaten om mee te doen de reden was voor de opmerkingen van het Hof van Justitie.

Hoewel met Advies 2/15 de armslag van de Unie ten aanzien van ruimere handelsakkoorden wordt bevestigd, is hiermee niet het probleem opgelost dat velen zich zorgen maken over bijvoorbeeld de mogelijke verlaging van sociale en milieustandaarden en de (al dan niet vermeende) gebrekkige democratische controle hierop. Hier ligt een duidelijke taak voor het Europees Parlement om (nog) geloofwaardiger³⁵ werk te maken van de democratische controle die bij 'EU-only' overeenkomsten nu eenmaal niet meer bij de nationale parlementen kan liggen. Maar niet alleen burgers, ook hun lidstaten kunnen zich naar aanleiding van dit Advies meer zorgen gaan maken over een verlies aan controlemogelijkheden en eisen dat bepaalde niet-exclusieve beleidsterreinen opgenomen worden in nieuwe handelsakkoorden, en dergelijke zaken via de stemprocedures in de Raad afdwingen. Het blijft in dit geval echter goed zich te realiseren dat de democratie niet *per se* gediend is bij meer gemengde akkoorden. De recente voorbeelden rondom CETA en het EU-Oekraïne akkoord laten zelfs het tegenoverstelde zien: zeer kleine minderheden binnen de EU wordt de mogelijkheid gegeven een besluitvormingsproces volledig te gijzelen.³⁶

29. Zie de Conclusie van A-G Sharpston van 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:992.

30. Uitgebreider: R.A. Wessel en T. Takács, 'Constitutional Aspects of the EU's Global Actorness: Increased Exclusivity in Trade and Investment and the Role of the European Parliament', *European Business Law Review* (special issue on The European Union as a Global Model for Trade and Investment edited by L. Pantaleo, M. Andenas and C. Reul), 2017, p. 103-117.

31. Zie ook G. Van der Loo, 'The Court's Opinion on the EU-Singapore FTA: Throwing off the shackles of mixity?', *CEPS Policy Insights* 2017, nr. 17, <www.ceps.eu/publications/court-s-opinion-eu-singapore-fta-throwing-shackles-mixity>. Van der Loo (p. 9) wijst ook op het voornemen van België om een art. 218 lid 11-advies te vragen over het CETA-verdrag, met name met het oog op de bepalingen over ISDS en het Investment Court System (ICS). Dit advies zou in juni 2017 worden aangevraagd.

32. Zie hierover met name Advies 2/15, punt 244, 292 en 304.

33. Zie hierover P. Van Elsuwege, 'Legal Creativity in EU External Relations: The Stabilisation and Association Agreement between the EU and Kosovo', *European Foreign Affairs Review* 2017 (nog niet verschenen); en D. Kleimann en G. Kubek, 'The Singapore Opinion or the End of Mixity as We Know It', *Verfassungsblog*, 23 mei 2017; Ankersmit 2017.

34. Zie hierover Rosas 2000 en Ankersmit 2017.

35. De versterkte rol van het Europese Parlement moet op deze terreinen echter ook nu al niet onderschat worden. Zie bijvoorbeeld R. Passos, 'The European Union's External Relations a Year after Lisbon: A First Evaluation From the European Parliament', in: P. Koutrakos (red.), *The European Union's External Relations a Year after Lisbon*, CLEER Working Papers, 2011/3, p. 49-56; L. Richardson, 'The Post-Lisbon Role of the European Parliament in the EU's Common Commercial Policy: Implications for Bilateral Trade Negotiations', College of Europe, Department of EU International Relations and Diplomacy Studies, 2012; L. Van den Putte, F. De Ville en J. Orbie, 'The European Parliament's New Role in Trade Policy: Turning Power Into Impact', *CEPS Special Report* 2014, nr. 89.

36. Zie uitgebreider over de juridische consequenties Van der Loo en Wessel 2017 en R.A. Wessel, 'The EU Solution to Deal with the Dutch Referendum Result on the EU-Ukraine Association Agreement', *European Papers, European Forum*, 22 december 2016, p. 1-5.

Tot slot is Advies 2/15 van belang voor de lopende Brexit-onderhandelingen. ‘De toekomstige betrekkingen van het VK met de Unie’ (art. 50 lid 1 VEU) worden immers ook vastgelegd in een (handels)akkoord. In ieder geval is duidelijk dat dit akkoord veel beleidsterreinen kan omvatten om alleen door de Unie gesloten te kunnen worden. Tegelijkertijd is duidelijk dat investeringen wellicht afzonderlijk geregeld moeten worden. Hetzelfde geldt voor ISDS.

Lezing van Advies 2/15 kan aldus leiden tot gemengde gevoelens. Waar de Commissie niet heeft gekregen waar zij op gehoopt had en waar voorstanders van een sterke rol van de Unie op het gebied van de uitgebreidere handelspolitiek misschien teleurgesteld zijn vanwege de noodzaak lidstaten te blijven betrekken bij enkele aanpalende onderdelen, heeft het Hof van Justitie de reikwijdte van de handelspolitiek ruim opgevat. Het lijkt verstandig dat de Unie hier voor nieuwe veelomvattende handelsverdragen rekening mee houdt om zo zeker te stellen dat de slagvaardigheid in het sluiten van handelsverdragen (gezekerd door een goede betrokkenheid van het Europees Parlement) ook voor de toekomst gewaarborgd is. Naast de genoemde juridische redenen zijn daar, gelet op de huidige geopolitieke veranderingen (Brexit, het nieuwe beleid van de VS), ook andere argumenten voor.